

DENISE NACHTIGALL LUZ

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O *DEVIDO* PROCESSO LEGAL:  
VALORANDO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS PARA A  
COMPOSIÇÃO DE UM ESPAÇO PRÓPRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Área de concentração Sistema Penal e Violência, Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens

Porto Alegre

2012

L979i Luz, Denise Nachtigall

Improbidade administrativa e o devido processo legal: valorando as garantias constitucionais penais para a composição de um espaço próprio no Direito Administrativo Sancionador Brasileiro. / Denise Nachtigall Luz. - Porto Alegre, 2012.

182 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens.

1. Improbidade Administrativa. 2. Direito Administrativo Sancionador. 3. Devido Processo Legal Substantivo. I. Feldens, Luciano. II. Título.

CDD 341.3

Bibliotecária Responsável  
Isabel Merlo Crespo  
CRB 10/1201

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O *DEVIDO* PROCESSO LEGAL:  
VALORANDO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS PARA A  
COMPOSIÇÃO DE UM ESPAÇO PRÓPRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR BRASILEIRO**

A presente dissertação de mestrado foi desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, na linha de pesquisa Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos. Seu objetivo é a reavaliação de conteúdos normativos do Direito Brasileiro, a fim de resguardar as garantias constitucionais dos *acusados* da prática de improbidade administrativa por meio do *devido* processo legal, no sentido de processo justo. O trabalho busca o equilíbrio entre a exigência constitucional garantista e a necessidade social de proteção contra o ilícito expressa no artigo 37, § 4º, da Constituição, como um imperativo de tutela do bem jurídico.

Para tanto, identifica-se o objeto de proteção da norma, a natureza do ilícito e das sanções, principalmente a de suspensão dos direitos políticos. Avaliam-se características estruturais gerais básicas do direito processual civil e do direito processual penal para verificar a (in)compatibilidade de cada um com as especificidades do ilícito de improbidade administrativa e com os requisitos para responsabilização do agente.

Ao final, conclui-se, com base na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e na teoria do devido processo legal substantivo pela necessidade de uma sistemática processual própria, nem cível, nem penal, para apuração do ilícito centrada no regime jurídico do direito administrativo sancionador, mesmo que judicializado.

**Palavras-Chaves: Improbidade Administrativa. Direito Administrativo Sancionador. Devido Processo Legal Substantivo**

**ADMINISTRATIVE CORRUPTION AND DUE PROCESS OF LAW: VALUING  
CONSTITUTIONAL-CRIMINAL GUARANTEES FOR THE COMPOSITION  
OF A PROPER SPACE IN THE BRAZILIAN SANCTIONING  
ADMINISTRATIVE LAW**

This Master's dissertation was developed in the Criminal Sciences Graduate Program, under the line of research on Contemporary Criminal Legal Systems. Its goal is the revaluation of the Brazilian Law normative contents in order to safeguard the constitutional guarantees of those charged with administrative corruption through due process of law, in the sense of a fair trial. The paper seeks a balance between garantism constitutional requirement and the social need of protection against violations expressed in Article 37, § 4º, of the Constitution, as a requirement of guardianship of legal interest.

To this end, it is identified the subject matter of protection of the rule, the nature of the violation and the penalties, especially suspension of political rights. It is assessed the basic structural features of civil procedural law and of criminal procedural law to determine the (in)compatibility of each with the specifics of the violation of administrative corruption and with the accountability requirements for the agent.

Finally, we conclude, based on the case law of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights and on the theory of substantive due process of law by the need for proper procedural systematics, neither civil nor criminal, for determining the violation focused on the legal system of sanctioning administrative law even when judicialized.

**Keywords: Administrative Corruption. Sanctioning Administrative Law. Substantive Due Process of Law**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
<b>1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO BEM JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.....</b>	<b>16</b>
1.1 Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro: um panorama constitucional.....	16
1.2 O bem jurídico protegido: <i>probidade administrativa</i> .....	23
1.2.1 O problema de tratar o bem jurídico <i>probidade administrativa</i> como sinônimo de <i>eficiência administrativa</i> .....	28
1.2.2 O problema em torno da <i>moralidade administrativa</i> como bem jurídico protegido e o seu alcance.....	33
1.2.3 O bem jurídico <i>probidade administrativa</i> comparado com bens jurídicos penais.....	47
<b>2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A NATUREZA JURÍDICA DO ILÍCITO E DAS SANÇÕES.....</b>	<b>52</b>
2.1 As sanções aplicadas ao ilícito de improbidade administrativa.....	52
2.1.1 A gravidade da pena de suspensão dos direitos políticos em um Estado democrático.....	56
2.1.2 O conteúdo dos direitos políticos.....	58
2.1.3 O alcance da pena de suspensão dos direitos políticos.....	59
2.2 Sanções por ato de improbidade administrativa e as sanções penais: identidade e diferença.....	63
2.2.1 A inadequação de partir do direito processual para explicar o direito material: o problema da funcionalização do direito sancionador.....	72

2.3	A natureza jurídica do ato de improbidade administrativa.....	79
2.3.1	A superação do critério orgânico para identificação do direito administrativo sancionador .....	84
2.3.1.1	A contribuição do Direito Português.....	90
2.4	Breves aportes finais sobre o ilícito e a sanção de improbidade administrativa.....	94
<b>3</b>	<b>O REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....</b>	<b>96</b>
3.1	O Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador e a Improbidade Administrativa.....	96
3.2	Improbidade Administrativa e Devido Processo Legal substantivo.....	102
3.2.1	A inadequação estrutural do processo civil para apurar ato de improbidade administrativa.....	107
3.2.2	O processo <i>adequado</i> para sancionar o ilícito de improbidade administrativa.....	111
3.2.2.1	Improbidade Administrativa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	116
3.2.2.2	Improbidade Administrativa e as garantias processuais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: análises casuísticas.....	120
3.2.2.2.1	Julgamento Antecipado da Lide: violação da presunção de inocência, dos princípios da individualização da pena, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.....	121
3.2.2.2.2	Revelia e seus efeitos.....	125
3.2.2.2.3	<i>Remessa Necessária</i> ao segundo grau de jurisdição: violação do princípio processual da igualdade – paridade de armas.....	126
3.2.2.2.4	Presunção de legitimidade dos atos da administração pública, ônus da prova e presunção de inocência.....	128
3.3	A concretização do devido processo legal para apuração dos ilícitos administrativos à luz do Convênio Europeu de Direitos Humanos: o direito a um processo justo - <i>right to a fair trial</i> – na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).....	134

<b>3.3.1 <i>The Case of Engel and Others versus The Netherlands</i></b> .....	<b>139</b>
<b>3.3.2 <i>The Case of Öztürk versus Germany</i></b> .....	<b>143</b>
<b>3.3.3 <i>The Case of Anghel versus Romênia</i></b> .....	<b>146</b>
<b>3.3.4 <i>The Case of Sud Fondi versus Italy</i></b> .....	<b>48</b>
<b>3.3.5 <i>The Case of Sergey Zolotukhin versus Russia</i></b> .....	<b>149</b>
<b>3.4 A Convenção Americana de Direitos Humanos e o devido processo legal no direito interno brasileiro</b> .....	<b>154</b>
<b>3.4.1 A pena de suspensão dos direitos políticos no Pacto de São José da Costa Rica</b> .....	<b>154</b>
<b>3.4.2 O Caso <i>Loayza Tamayo versus Perú</i> na Corte Interamericana de Direitos Humanos e a impossibilidade de dupla punição pelos mesmos fatos</b> .....	<b>158</b>
<b>3.5 <i>Fertilizando</i> o tratamento jurídico da improbidade administrativa a partir das lições estrangeiras e internacionais</b> .....	<b>160</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>167</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>171</b>

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação de mestrado foi desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, na linha de pesquisa Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos.

O objetivo geral do estudo é a reavaliação dos conteúdos normativos do Direito Brasileiro, a fim de resguardar as garantias constitucionais dos *acusados* da prática de improbidade administrativa por meio do *devido* processo legal.

O tema está delimitado à Improbidade Administrativa e o *Devido* Processo Legal, partindo-se da valoração das garantias constitucionais penais para a composição de um espaço próprio no direito administrativo sancionador brasileiro, um meio processual, nem cível, nem penal, adequado à aplicação de sanções restritivas de direitos fundamentais, principalmente a de suspensão dos direitos políticos.

O problema de pesquisa que se procura responder é se é necessário compor uma sistemática processual autônoma para as ações destinadas à responsabilização por ato de improbidade administrativa, nem cível, nem penal.

Partiu-se de duas hipóteses. A primeira de que o artigo 37, § 4º, da Constituição não impõe que a ação de improbidade administrativa seja processada como ação cível. A segunda de que é necessário adotar uma sistemática processual autônoma para as ações destinadas à responsabilização por ato de improbidade administrativa consentânea com sua relevância jurídica, social e política, nem cível, nem penal.

O interesse no estudo decorre da insuficiência teórica dos trabalhos publicados sobre a improbidade administrativa no que toca às garantias de defesa do acusado. Os escritos sobre o tema, com algumas raras exceções, centram-se na descrição do ilícito, o qual é tratado como um todo único, sem identificação de seus elementos estruturantes e pressupostos de responsabilização. Muitos textos têm sido divulgados nos últimos anos sobre a improbidade administrativa, mas, muitas vezes, dedicados a discursar sobre a importância de combatê-la do que, certamente, ninguém duvida. Há uma grande lacuna no enfrentamento dos problemas que, realmente, afetam o sistema jurídico e a vida social de forma mais incisiva e de conseqüências mais alargadas.

Constatou-se, na prática forense, que as ações de improbidade administrativa, geralmente, objetivam a responsabilização por ato que coincide com crime contra a Administração Pública (em sentido lato), fazendo com que convivam dois meios punitivos para regular as mesmas relações. Notou-se que a ação de improbidade administrativa tem sido usada como estratégia de reforço ao sistema penal, naqueles

aspectos em que ele se mostra mais resistente em atender aos desígnios de uma política estatal punitiva funcionalmente eficiente.

Esse revigoramento do sistema punitivo externo ao direito penal faz com que as discussões jurídicas sejam distanciadas de uma preocupação com as garantias constitucionais de defesa, porque estas costumam ser vistas como obstáculos à satisfação do *interesse público*, que é estruturante do direito administrativo, e ao alcance dos objetivos de moralização da Administração Pública, diariamente explorados pela *mídia*.

A ação para apuração de ato de improbidade administrativa processa-se na esfera cível, nos termos da Lei 8.429/92, que enseja a aplicação do rito ordinário do Código de Processo Civil após o recebimento da Inicial, conforme artigo 17, *caput* e parágrafo 9º. No entanto, a Constituição prevê a aplicação de penas restritivas de direitos fundamentais para sancionar esse tipo de ilícito. Tais sanções podem ser idênticas às penais, sob o ponto de vista da afetação da esfera de direitos do indivíduo como, por exemplo, a suspensão dos direitos políticos que pode durar até dez anos.

A conclusão unânime na jurisprudência de que a ação de improbidade deve ser processada pelo rito do processo civil parte da premissa de que a Constituição definiu que a responsabilidade por ato de improbidade não é penal. Isso porque, o artigo 37, § 4º, termina expressando: “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Logo, valendo-se de uma racionalidade dedutiva, a maior parte da doutrina e a jurisprudência sustentam que somente pode ser cível na medida em que, no Brasil, a jurisdição civil concentra toda jurisdição não penal, devendo ser afastados os princípios próprios deste ramo do direito.

No entanto, isso acaba gerando, por vias transversas, a violação do *devido processo legal substantivo* ao adotar o rito do Código de Processo Civil para apurar ilícito muito distinto de um ilícito civil, porque de caráter eminentemente punitivo. A experiência mostra que isso implica negar aos acusados as garantias próprias de um processo sancionador e submetê-los a um processo, cujo rito tecnicista é incompatível com a natureza das acusações que lhe são feitas. Com isso se viabiliza uma *rota de fuga* do direito penal no sentido de obliteração de garantias, mas sem, necessariamente, o contraponto de redução da severidade da pena *in concreto*.

A preocupação deste estudo é, pois, com a eficácia das garantias de defesa conferidas aos *acusados em geral* pela Constituição, e não apenas aos acusados em processo penal formal, que são obstaculizadas por uma estrutura processual

inapropriada. Pretende-se refletir, de modo crítico, sobre o instituto jurídico da improbidade administrativa, que muito pode contribuir para o controle da corrupção *na e da* Administração Pública e que tem seu fundamento na Constituição (art. 37, § 4º), mas que também possui enorme potencial para a arbitrariedade, não por si mesmo, mas pelos modos usados para empregá-lo.

O trabalho se desenvolve por meio de um diálogo entre o direito administrativo, o constitucional, o penal e o processual, buscando harmonizá-los a fim de conferir coerência estrutural ao sistema sancionador brasileiro. Com esse desiderato, o texto foi dividido em três capítulos.

No primeiro, apresenta-se um panorama histórico do tratamento dado pelo Direito Brasileiro à improbidade administrativa durante o período de vigência de cada uma das Constituições do Brasil. Após, concentra-se nas inovações que a Constituição de 1988 trouxe ao ilícito, retirando-lhe o caráter, exclusivamente, penal e fixando um imperativo de tutela.

Identifica-se o bem jurídico protegido pelo mandamento constitucional e analisam-se as dificuldades decorrentes de sua equiparação com *moralidade administrativa* e com *eficiência administrativa* em matéria punitiva. Posteriormente, compara-se o bem jurídico protegido pelo ilícito de improbidade com bens jurídicos penais que também se destinam a proteger a Administração Pública.

No Segundo Capítulo, aborda-se a natureza jurídica do ilícito e as sanções, especialmente a de suspensão dos direitos políticos. A identificação da natureza do ilícito é necessária para a definição do regime jurídico aplicável e o do tipo processo adequado para apurá-lo.

Procura-se mostrar a severidade da pena de suspensão dos direitos políticos do ponto de vista da afetação de direitos do condenado, inclusive pelas restrições que acaba gerando a vários outros direitos civis que têm o pleno gozo dos direitos políticos como requisito para o seu exercício. Isso sem olvidar da cautela que é preciso ter para suspender direitos políticos em um Estado democrático. Pesquisa-se o conteúdo desses direitos e o alcance da pena que lhes restringe.

Estuda-se como o direito administrativo pode contribuir para a reavaliação dos conceitos normativos pertinentes à ação de improbidade administrativa irrigado pelo direito penal, tendo em vista o amadurecimento teórico deste. Posteriormente, avaliam-se a identidade e as diferenças entre as sanções previstas para os ilícitos de improbidade administrativa e as sanções penais com o objetivo de identificar a natureza jurídica

daquelas. Encerra-se o Capítulo abordando sobre o equívoco na definição do ilícito pelo rito processual usado para apurá-lo e as conseqüências danosas dessa compreensão para o Direito.

O terceiro capítulo concentra-se no regime jurídico da improbidade administrativa e no devido processo legal para sua apuração, sob o enfoque da imposição normativa da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Procura-se definir parâmetros objetivos de interpretação e aplicação do direito centrados na concepção de devido processo legal *substantivo*, no sentido de processo *justo*, ou seja, de um processo capaz de viabilizar concretamente o mínimo de garantias que se pode esperar e exigir de um sistema jurídico democrático. Esse “mínimo de garantias” será buscado na historicidade dos direitos humanos, naquilo em que há consenso dos povos como sendo parte irrenunciável do espaço de liberdades individuais conquistadas, e contam com parâmetros objetivos de identificação e medida do âmbito de alcance definidos em tratados internacionais e na Constituição Brasileira.

Avaliam-se as características estruturais gerais básicas do direito processual civil e do direito processual penal para verificar a (in)compatibilidade de cada um com as especificidades do ilícito de improbidade administrativa e com os requisitos para responsabilização do agente.

Exibi-se a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e faz-se uma análise casuística de decisões do Superior Tribunal de Justiça a fim demonstrar como o problema se apresenta no dia-a-dia forense. Aborda-se a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o processo *justo* para aplicação de penas e as garantias mínimas que precisam ser ofertadas aos acusados em qualquer Estado democrático, independente da classificação formal interna do ilícito como penal ou não.

Encerra-se com contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da teoria do devido processo legal substantivo originado no direito estadunidense como ferramenta de contenção da arbitrariedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, afirma-se que o objetivo geral desta dissertação foi atingido, por meio de cada um dos objetivos específicos inicialmente traçados no projeto de pesquisa: os conteúdos normativos do Direito Brasileiro foram reavaliados no intuito de resguardar as garantias constitucionais dos *acusados* da prática de improbidade administrativa por meio da cláusula do *devido* processo legal *substantivo*.

O problema de pesquisa foi respondido afirmativamente e as hipóteses foram confirmadas: 1) o artigo 37, § 4º, da Constituição não impõe que a ação de improbidade administrativa seja processada como ação cível; e 2) é necessário adotar uma sistemática processual autônoma para as ações destinadas à responsabilização por ato de improbidade administrativa, nem cível, nem penal.

Destaca-se, contudo, que a abordagem do presente trabalho foi feita nos limites propostos e possíveis em termos de espaço e tempo. Isso significa dizer que muitos pontos pertinentes à improbidade administrativa restaram abertos e merecem estudos posteriores.

Nesse sentido, optou-se por destacar, em sede de considerações finais, apenas alguns resultados obtidos com a pesquisa, os quais preenchem os objetivos específicos previamente definidos para evitar repetições de abordagens já feitas ao longo do texto. São eles:

a) O bem jurídico protegido pelo ilícito de improbidade administrativa é a *probidade* na Administração Pública como o oposto à corrupção (em sentido lato), o qual possui dignidade constitucional (art. 37, § 4º). Não há distinção ontológica entre o ilícito de improbidade administrativa e os delitos contra a Administração Pública (em sentido lato), pois todos protegem o mesmo bem jurídico de estatura constitucional. Para além da dignidade do bem jurídico, a Constituição expressou a *necessidade* de punição do ilícito pela via *extrapenal*. Não há *determinação* constitucional de proteção pela via penal, mas não foi afastada sua *legitimidade*.

b) A improbidade administrativa é associada a uma forma específica de *moralidade administrativa*, mas não é possível invocar isoladamente o princípio da moralidade para aplicar sanção, porque isso permitiria confundir Direito e moral e legitimaria o arbítrio. A moralidade administrativa pode atuar como *canal* de verificação da *antijuridicidade* do ato, ou seja, da violência à intencionalidade material normativa. A moralidade deve atuar onde a legalidade formal falha na tarefa de garantir

o *sentido* da lei. A autonomia do princípio da moralidade, neste caso, estaria na sua funcionalidade e não em seu conteúdo. O ilícito de improbidade administrativa não se destina a proteger a *eficiência* na Administração Pública.

c) O ilícito de improbidade administrativa é um *ilícito administrativo*, porque violador do direito administrativo material, mesmo que processado e julgado pelo Poder Judiciário. Não se pode confundir a natureza do ilícito com o tipo de processo ou com a autoridade competente para apurá-lo. Ilícitos administrativos não precisam ser apurados em processos administrativos *stricto sensu*. Negar a natureza administrativa do ilícito de improbidade implica deixá-lo sem lugar no Ordenamento Jurídico brasileiro, porque a Constituição o define como *não penal*. Por outro lado, reconhecê-lo como cível implica em ignorar sua essência sancionadora.

d) Identificam-se as sanções aplicadas ao ilícito de improbidade como também de direito administrativo mesmo que aplicadas pelo Poder Judiciário. Não há diferença substancial entre as sanções aplicadas em razão do ilícito de improbidade administrativa e as sanções penais se estas forem qualquer outra que não a privativa de liberdade como é comum na prática forense. A distinção entre elas é, geralmente, apenas formal e muitas vezes a sanção por improbidade administrativa pode ser até mais severa.

e) O regime jurídico a que se submete o ilícito de improbidade administrativa deve ser de direito administrativo sancionador *judicializado*, o qual impõe uma sistemática processual própria, nem cível, nem penal, mas situada entre esses dois ramos do direito e o direito administrativo geral. Isso viabiliza processos menos arbitrários e a atuação punitiva estatal com melhor *conformidade constitucional*.

f) A implementação de um regime jurídico específico de direito administrativo sancionador pode ser feita por criação legislativa ou pela construção da jurisprudência, valendo-se da cláusula constitucional do devido processo legal *substantivo* para promover derrogações às normas processuais civis e incorporar princípios do direito penal e processual penal para ofertar **o mínimo de garantias** necessárias para uma defesa adequada à acusação e proporcional à gravidade das sanções. A aplicação desta norma constitucional deve ser nutrida por elementos de *cross-fertilization*, que admitem e proporcionam o aprendizado entre diferentes sistemas processuais e jurisdicionais, principalmente dos pretórios nacionais pela jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos.

g) A cláusula do devido processo legal substantivo não consiste em um meio para aplicação da pena, mas em uma *condição* para restrição de direitos. A leitura

constitucional do devido processo legal não admite critério decisório sancionador que não seja “*in dubio pro libertate*” (em sentido amplo), por isso todas as derrogações ou adaptações processuais feitas pela jurisprudência não podem deixar o acusado em situação processual mais gravosa do que estaria com o rito “puro” do processo civil. Esse princípio constitucional, na linha da jurisprudência estadunidense, jamais pode ser invocado para justificar a ação punitiva do Estado.

h) Com base nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pode-se dizer que não há obrigatoriedade de o legislador brasileiro tratar o ilícito de improbidade como crime. Aliás, o próprio texto constitucional autoriza conferir-lhe regime jurídico diverso, mas isso não significa que o Estado esteja autorizado a retirar do acusado as *garantias mínimas* do processo penal.

i) Na linha do TEDH, defende-se que, pelo menos, as garantias estabelecidas no artigo 5º da Constituição e artigos 8º e 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos devem ser preservadas, independente do regime jurídico adotado, porque ínsitas a qualquer Estado democrático, não importando a classificação formal do ilícito na legislação nacional.

j) Como a Constituição previu a punição da improbidade administrativa pela via *extrapenal*, o que também lhe confere maior agilidade no processo de responsabilização se comparado com a rigidez do processo penal, defende-se que essa absorção de preceitos do direito penal só pode ser imposta nos limites exigidos pela Constituição e no *sentido* dado pelo Pacto de São José. Todo o restante próprio do processo penal não é de aplicação obrigatória, embora nada a impeça.

k) O legislador infraconstitucional brasileiro possui ampla liberdade para estabelecer diferentes “tipos” de ilícitos de improbidade, já que o artigo 37, § 4º, não o especifica em termos de conteúdo. Essa liberdade vai até onde se mantenham incólumes as garantias às quais a própria Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos atribuem caráter de irrevogabilidade e imutabilidade, sobretudo as do artigo 5º da CF e dos artigos 8º e 9º do Pacto de São José da Costa Rica.

l) Conforme julgado pelo TEDH, a cláusula do *non bis in idem* proíbe a aplicação de mais de uma pena de mesma natureza pelo mesmo Estado, independente da denominação ou classificação dada pela legislação interna e isso deve ter efeitos para impedir a convivência de dois sistemas de punição no direito brasileiro, um pela improbidade administrativa e outro pela via penal. Esse é um aspecto que o Supremo Tribunal Federal vai ter que, em algum momento, enfrentar sobre a improbidade

administrativa e os crimes contra a Administração Pública (em sentido lato), tendo em vista as restrições da Convenção Americana de Direitos Humanos que proíbe dupla punição pelos mesmos fatos e a interpretação dada no *Caso Loayza Tamayo versus Peru* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que já repercutiu na jurisprudência do TEDH.

m) Para que essa proposta de contenção do arbítrio estatal pela via do *devido* processo legal, no sentido que lhe dá o TEDH - de processo justo, se viabilize no Brasil, é preciso que o Supremo Tribunal Federal perceba e aceite que pode haver violação direta da cláusula constitucional do devido processo legal, sem a necessária intermediação de lei infraconstitucional e passe a admitir recursos extraordinários assim fundamentados. Isso porque não é a norma processual disponível que viola, por si, a Constituição, mas a sua aplicação aos ilícitos de improbidade administrativa. E essa agressão não se dirige à lei infraconstitucional. Ela é direta e frontal contra a Constituição em sentido material.